

University of Groningen

Rechtsbescherming van ondernemers in aanbestedingsprocedures

van Heeswijck, Arthur Jeffrey

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:

2014

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

van Heeswijck, A. J. (2014). *Rechtsbescherming van ondernemers in aanbestedingsprocedures*. [, Rijksuniversiteit Groningen]. s.n.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

1 Inleiding

1 HET ONDERWERP VAN ONDERZOEK

Het aanbestedingsrecht heeft zich in ongeveer vier decennia tot een zelfstandig rechtsgebied ontwikkeld.¹ Dit rechtsgebied is bepaald geen rustig bezit. De ontwikkelingen binnen het aanbestedingsrecht lijken zelfs in de stroomversnelling te zijn geraakt. Op 1 april 2013 is de langverwachte Aanbestedingswet 2012 in werking getreden.² Hoewel de Aanbestedingsrichtlijnen nog geen tien jaren geleden tot stand zijn gekomen, heeft de Commissie alweer voorstellen gedaan voor nieuwe richtlijnen.³ Als deze richtlijnen in de tweede helft van 2013 door het Europees Parlement worden aangenomen, zullen lidstaten waarschijnlijk tot eind 2015 de tijd krijgen om de nieuwe richtlijnen in hun rechtsorde te implementeren. In dat jaar staat ook de evaluatie van de Aanbestedingswet 2012 op de agenda, die waarschijnlijk tot een wetswijziging zal leiden. Voor de komende jaren staan dus de nodige wijzigingen van de regelgeving op het gebied aanbesteden op stapel.

Naleving van regelgeving in het algemeen en de aanbestedingsregels in het bijzonder is niet altijd vanzelfsprekend. Zij is mede afhankelijk van handhaving.⁴ Handhaving van de aanbestedingsregels geschiedt in vele vormen.⁵ In dit onderzoek staat één van deze vormen centraal, namelijk het toezicht dat de rechter uitoefent als geschillenbeslechter in aanbestedingsprocedures. Ondernemers kunnen in aanbestedingsgeschillen zeer uiteenlopende normschendingen aan de orde stellen. Veelvoorkomende klachten van ondernemers betreffen disproportionele eisen, het hanteren onduidelijke, voor tweeërlei uitleg vatbare gunningscriteria en het (ten onrechte) bieden van gelegenheid tot herstel van gebreken in de inschrijving. Effectieve rechtsbescherming van ondernemers bij aanbestedingen draagt bij aan naleving van de aanbestedingsregels, maar is om te beginnen een algemeen beginsel van Unierecht, dat inmiddels in artikel 47 van het Handvest is vastgelegd, en een grondrecht.⁶ Het belang van een stelsel dat

1 Zie ook Wedekind 2001, p. 10-11.

2 Besluit van 11 februari 2013, houdende vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Aanbestedingswet 2012, *Stb.* 2013, 57.

3 COM(2011)895 def.; COM(2011)896 def.; COM(2011)897 def.

4 Zie ook PG Aanbestedingswet 2012, p. 107.

5 Zie PG Aanbestedingswet 2012, p. 107-112.

6 Zie naast art. 47 Handvest art. 6 en art. 13 EVRM. Zie ook hierna hoofdstuk 2, § 2.2.

effectieve rechtsbescherming biedt aan ondernemers in aanbestedingsprocedures is daarmee gegeven.

Toch heeft rechtsbescherming bij aanbestedingen in Nederland in mijn ogen tot op heden niet de aandacht gekregen die zij verdient. Dit is met name aan de wetgever te wijten, die altijd heeft gemeend dat het bestaande recht voldoende waarborgen gaf om naleving van de aanbestedingsregels te verzekeren.⁷ De wetgever kwam pas noodgedwongen in actie, toen uit *Alcatel* bleek dat dit standpunt onhoudbaar was.⁸ Voor de implementatie van de in 2007 vastgestelde Wijzigingsrichtlijn was nieuwe wetgeving nodig. Dit zou een goede gelegenheid zijn geweest om het gehele nationale stelsel van rechtsbescherming onder de loep te nemen en zo nodig verbeteringen aan te brengen. De wetgever besloot anders en beperkte zich tot het strikt noodzakelijke.⁹

In de aanbestedingsrechtelijke literatuur en jurisprudentie is het onderwerp rechtsbescherming aan de orde gekomen.¹⁰ Maar de verhouding tussen de Rechtsbeschermingsrichtlijnen en de algemene Europese rechtsbeginselen en de raakvlakken van het aanbestedingsrecht met het privaatrecht en het bestuursrecht zijn daarin in mijn ogen onderbelicht gebleven. Mijn onderzoek is een poging om het Nederlandse stelsel van rechtsbescherming met name op deze terreinen meer diepgaand te analyseren, eventuele knelpunten boven water te krijgen en in voorkomend geval suggesties te doen voor verbeteringen.

2 ONDERZOEKSVRAGEN EN AFBAKENING

Het aanbestedingsrecht is weliswaar een zelfstandig, maar niet een geïsoleerd rechtsgebied. Het heeft raakvlakken met onder meer het Europees recht, het privaatrecht en het bestuursrecht.¹¹ Dit komt in het bijzonder tot uitdrukking op het gebied van rechtsbescherming. Rechtsbescherming bij aanbestedingen is naar Nederlands recht hoofdzakelijk civielrechtelijk geregeld, maar de wetgever moet rekening houden met de eisen die het Unierecht op dit gebied aan nationale rechtsstelsels stelt. Een groot aantal aanbesteders is bovendien een publiekrechtelijke rechtspersoon, die aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur is gebonden. De raakvlakken

7 Overigens zonder een beschouwing van enige betekenis te wijden aan de bestaande regels die naleving moeten verzekeren.

8 HvJ EG 28 oktober 1999, C-81/98 (*Alcatel*).

9 *Kamerstukken II*, 2008/09, 32 027, nr. 3 (MvT Wira), p. 1 en p. 13.

10 Zie o.a. Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 559-665; Hebly, De Boer & Wilman 2007.

11 Wedekind 2001, p. 11 e.v.

van het aanbestedingsrecht met andere rechtsgebieden roept ten minste de volgende twee interessante vragen op, die centraal staan in dit onderzoek:

1. Voldoet het Nederlandse stelsel van rechtsbescherming aan de door het Unierecht gestelde eisen? Een complicerende factor is dat specifiek op het gebied van rechtsbescherming bij aanbestedingen richtlijnen zijn uitgevaardigd, die vragen oproepen over de verhouding tussen deze richtlijnen en de algemene beginselen van het Unierecht.
2. Is het Nederlandse stelsel van rechtsbescherming bij aanbestedingen coherent? Hierbij zijn twee dimensies te onderscheiden. Ten eerste een 'externe' dimensie, die ziet op de inpasbaarheid in ons nationale recht van de door het Unierecht voorgeschreven instrumenten die ondernemers ten dienste staan om naleving van de aanbestedingsregels af te dwingen.¹² Ten tweede is er een 'interne' dimensie, die met name ziet op de coherentie van rechtsbescherming bij Europese aanbestedingen enerzijds en rechtsbescherming bij nationale (en particuliere) aanbestedingen anderzijds.

Het belang van het antwoord op de eerste vraag laat zich gemakkelijk raden. Nederland is als lidstaat van de Europese Unie gehouden het Unierecht (voor zover noodzakelijk) te implementeren, uit te voeren en voor effectieve rechtsbescherming zorg te dragen. Het belang van het antwoord op de tweede vraag mag evenmin worden onderschat. De eis van coherentie dient de materiële gelijkheid en de rechtszekerheid.¹³ Wanneer voor rechtsbescherming bij aanbestedingen andere voorwaarden gelden dan voor de bescherming van enig ander vermogensrechtelijk belang, dan moet daarvoor een objectieve rechtvaardiging zijn aan te wijzen. Dit geldt ook voor verschillen tussen rechtsbescherming bij Europese aanbestedingen enerzijds en nationale aanbestedingen anderzijds.

Het Unierecht is een belangrijk onderdeel van het aanbestedingsrecht en komt in dit onderzoek dan ook uitgebreid aan bod. Het GPA zal buiten beschouwing blijven. Nationale aanbestedingen nemen in de aanbestedingspraktijk een belangrijke plaats in. Ook aan rechtsbescherming bij nationale aanbestedingen wordt in dit onderzoek ruimschoots aandacht besteed. Tot slot komt de particuliere aanbesteding in dit onderzoek aan de orde, een onderwerp waarvoor de belangstelling in de afgelopen jaren steeds verder lijkt te zijn toegenomen. Rechtsbescherming bij de verlening van concessies in het openbaar vervoer, dat publiekrechtelijk is geregeld, blijft in dit onderzoek buiten beschouwing.

Rechtsbescherming van ondernemers bij aanbestedingen op defensie- en veiligheidsgebied komt in dit onderzoek niet expliciet aan de orde. De bepalingen over de beroepsprocedures in de toepasselijke Europese richtlijn

12 Zie over het begrip 'coherentie' Reurich 2005, p. 37-41.

13 Barkhuysen 2006, p. 32-33; Reurich 2005, p. 41.

zijn duidelijk op de leest van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen geschoeid.¹⁴ De bepalingen in de Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied waarin de richtlijnbeoordelingen zijn omgezet in nationaal recht,¹⁵ komen op hun beurt in belangrijke mate overeen met de regeling in de Aanbestedingswet 2012.¹⁶ De resultaten van dit onderzoek zijn hierdoor analoog toe te passen op de rechtsbescherming bij aanbestedingen op defensie- en veiligheidsgebied.

3 PLAN VAN BEHANDELING

Voor de beantwoording van de geformuleerde onderzoeksvragen analyseer ik het recht dat van toepassing is op de rechtsbescherming van ondernemers bij aanbestedingen. Deze analyse vindt plaats aan de hand van wetgeving, jurisprudentie en literatuur. Daarbij komen volgende onderwerpen aan bod. Hoofdstuk 2 begint met het Europeesrechtelijk kader voor de rechtsbescherming van ondernemers in aanbestedingsprocedures. Hoofdstuk 3 is gewijd aan het nationaalrechtelijk kader. In de hoofdstukken 4 tot en met 6 komen vervolgens de specifieke rechtsmiddelen aan bod; in hoofdstuk 4 de schadevergoedingsvordering, in hoofdstuk 5 de voorlopige maatregelen in kort geding en in hoofdstuk 6 de vernietiging van overeenkomsten. In hoofdstuk 7 komen twee bijzondere onderwerpen aan de orde, te weten het belangvereiste en het zogenaamde ‘Grossmann-verweer’. Hoofdstuk 8 bevat een slotbeschouwing.

4 DEFINITIES

Tot slot merk ik op deze plaats nog iets op over het gebruik van definities. Onder een ‘aanbesteding’ of een ‘aanbestedingsprocedure’ versta ik de situatie waarin twee of meer partijen een uitnodiging ontvangen om een offerte uit te brengen voor het uitvoeren van een werk, het leveren van goederen of het verrichten van diensten. Met onder andere Jansen meen ik dat bij de uitgenodigde partijen het besef moet bestaan dat zij met elkaar in een rechtstreekse competitie treden om van een aanbesteding te kunnen spreken.¹⁷ Die rechtstreekse competitie zou in mijn ogen bovendien door de vragende partij moeten zijn uitgelokt.¹⁸ Wanneer een particulier bij twee

14 Art. 55-62 Richtlijn 2009/81/EG, (*PbEU* 2009, L 216/76).

15 *Stb.* 2013, 44.

16 Art. 2.118-2.122 en Hoofdstuk 3.2 Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied. Zie ook *Kamerstukken II*, 2010/11, 32 768, nr. 3 (MvT), p. 53-54 en p. 61.

17 Jansen 2009, p. 16-20. Zie ook Van Werven 2003, p. 171; HR 4 april 2003, *NJ* 2004, 35 (RZG/Comformmed), r.o. 3.1 en 3.4.4.

18 Vgl. Wedekind 2005, p. 2.

aannemers een offerte opvraagt voor de uitvoering van een werk, terwijl geen van beide aannemers er weet van heeft dat hij niet de enige is die om een prijsopgave is verzocht, is er nog geen sprake van een aanbesteding, om maar een voorbeeld te noemen. Dit is duidelijk anders, wanneer in de uitnodiging tot inschrijving een aanbestedingsreglement van toepassing is verklaard. Dit zijn uitersten; er is sprake van een grijs gebied. De omstandigheden van het geval zijn uiteindelijk beslissend.¹⁹

Het onderzoek betreft zoals gezegd zowel rechtsbescherming bij Europese als nationale en particuliere aanbestedingen. Met een ‘Europese aanbesteding’ is bedoeld een aanbesteding die onder de werkingssfeer van één van beide Rechtsbeschermingsrichtlijnen valt.²⁰ Een ‘nationale aanbesteding’ is een aanbesteding door een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf die niet onder de werkingssfeer van één van beide Rechtsbeschermingsrichtlijnen valt. Onder het begrip ‘nationale aanbesteding’ is in dit onderzoek, tenzij uit de context anders blijkt, tevens de ‘meervoudig onderhandse procedure’ als bedoeld in artikel 1.14 van de Aanbestedingswet 2012 begrepen. Een ‘particuliere aanbesteding’ is een restcategorie.

Omwille van beknoptheid gebruik ik, tenzij anders aangegeven, het begrip ‘aanbestedende dienst’ voor zowel aanbestedende diensten als speciale-sectorbedrijven als bedoeld in artikel 1.1 van de Aanbestedingswet 2012. ‘Particuliere aanbesteders’ zijn alle vragende partijen die geen aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf zijn. Het begrip ‘aanbesteder’ tot slot omvat iedere vragende partij, dus zowel ‘aanbestedende diensten’ als ‘particuliere aanbesteders’.

Wederom omwille van de beknoptheid versta ik onder ‘inschrijver’ zowel gegadigden als inschrijvers,²¹ tenzij uit de context anders blijkt.

Het onderzoek is op 14 augustus 2013 afgesloten. Met jurisprudentie, literatuur en andere ontwikkelingen nadien is geen rekening gehouden.

19 Zie bijv. Hof Den Bosch 16 juni 2009, *LJN* BI9980, r.o. 4.9; Vzv. Rb. Den Haag 10 september 2012, *LJN* BX7223, r.o. 4.5.

20 Zie hoofdstuk 2, § 3.2.2 en § 3.3.

21 Deze begrippen zijn gedefinieerd in art. 1.1 Aanbestedingswet 2012. Het begrip ‘inschrijver’ is in dit onderzoek ruimer, omdat daaronder tevens inschrijvers op particuliere aanbestedingen vallen.

